



CONSEJO DE ESTADO
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

CONSEJERO PONENTE: NICOLÁS YEPES CORRALES

Bogotá D.C., veintiocho (28) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: PÉRDIDA DE INVESTIDURA
Radicación: 11001-03-15-000-2022-05556-02
Accionante: VÍCTOR VELÁSQUEZ REYES
Accionado: POLIVIO LEANDRO ROSALES CADENA

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación presentado por el señor Víctor Velásquez Reyes contra la sentencia proferida el veintidós (22) de febrero de dos mil veintitrés (2023) por la Sala Especial de Decisión N° 6, a través de la cual se negaron las pretensiones de la solicitud de pérdida de investidura de la referencia¹.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud de desinvestidura, oposición y trámite de primera instancia

1.1. El diecinueve (19) de octubre de dos mil veintidós (2022)², el señor Víctor Velásquez Reyes formuló solicitud de pérdida de investidura contra el Senador por la Circunscripción Especial Indígena, periodo constitucional 2022-2026, Polivio Leandro Rosales Cadena, alegando la configuración del supuesto contemplado en el numeral 1° del artículo 183 de la Constitución Política, esto es, “(...) *violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses*”.

Como sustento de su solicitud, aseguró que antes de ser elegido Senador el señor Rosales Cadena se desempeñaba como representante legal de la entidad sin ánimo

¹ Conformada por los Consejeros Carlos Enrique Moreno Rubio, Myriam Stella Gutiérrez Argüello, Jaime Enrique Rodríguez Navas, Hernando Sánchez Sánchez y Rafael Francisco Suárez Vargas.

² Tal y como consta en el PDF denominado “*ED_CORREO_DIEGOMARIO*” visible en el índice 2 de SAMAI del expediente 2022-5556-00.



de lucro “*Autoridades Indígenas de Colombia por la Pacha Mama —AICO—*”³, calidad en la que el trece (13) de septiembre de dos mil veintiuno (2021) suscribió con el Instituto Departamental de Salud de Nariño el contrato N° 202100755, cuyo objeto era, según adujo, el “*fortalecimiento del modelo de salud propio e intercultural en el marco de la guía metodológica para la construcción y contenidos del SISPI del pueblo indígena de los Pastos*”, por un valor de ciento setenta millones de pesos (\$170.000.000) y con plazo de ejecución hasta el veintitrés (23) de abril de dos mil veintidós (2022)⁴.

A juicio del actor, este hecho hizo que el Senador acusado incurriera en la inhabilidad prevista en el numeral 3° del artículo 179 de la Constitución Política, en la modalidad de intervención en la celebración de contratos, según la cual no podrán ser Congresistas “[q]uienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección”, pues el señor Rosales Cadena no solo firmó un contrato dentro del periodo de la inhabilidad sino que, además, lo ejecutó, en tanto, de conformidad con el certificado de existencia y representación legal de AICO, el cambio de representante legal solo vino a efectuarse el nueve (9) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Para la parte actora, la celebración del referido contrato le concedió ventajas electorales al Senador acusado, quien fue elegido congresista siendo representante legal de AICO y “*probablemente financió su campaña con dineros del erario*”, específicamente con los dineros públicos del contrato en cuestión⁵.

1.2. Admitida la solicitud, mediante auto de dos (2) de noviembre de dos mil veintidós

³ La Asociación “*Autoridades Indígenas de Colombia por la Pacha Mama —AICO—*” es una agrupación de cabildos y autoridades tradicionales indígenas que, según sus estatutos, se conformó en el año 2011 por los cabildos indígenas de Guachuca, Colimba, Pastas, Aldana, Miraflores, Paujil, Turpial La victoria, Mayasquer, Iles, Yascual, Piscitao, Funes, Males Córdoba, Mauellamues, Cumbal, Ipiales, Chiles, Aldea de María, Colimba, Mallama, Carlosama, San Juan, El Sandes, Andes Córdoba, Panan, entre otros, la mayoría asentados en el departamento de Nariño (PDF denominado “*Estatutos de AICO POR LA PACHA MAMA*”, disponible en “*ADISPOSICIONDELASPARTES_RV__PRONUNCIAMIENTO_*”, índice 20 de SAMAI expediente 2022-05556-00).

⁴ En la sentencia que resolvió este asunto en primera instancia se consignó que el contrato había sido suscrito el 15 de septiembre de 2021, fecha en la que el Senador acusado firmó el negocio en la plataforma SECOP II.

⁵ El solicitante afirmó que, aunque esta situación fue puesta en conocimiento del Consejo Nacional Electoral durante el proceso de escrutinio, mediante Resolución No. 3700 de cuatro (4) de agosto de dos mil veintidós (2022) esa autoridad resolvió aplazar su decisión respecto de la inhabilidad alegada hasta tanto el Consejo de Estado adoptara la decisión correspondiente.



(2022) el despacho ponente ordenó la notificación al congresista demandado y al Ministerio Público⁶.

1.3. En escrito de veintiuno (21) de noviembre de dos mil veintidós (2022) y a través de apoderado judicial, el Senador Polivio Rosales Cadena se opuso a la prosperidad de la solicitud por considerar que no están acreditados los elementos objetivos de la inhabilidad alegada pues, de un lado, el actor no allegó prueba idónea de la suscripción del contrato sino apenas pantallazos y enlaces de páginas web que, a su juicio, no dan cuenta ni de la celebración ni del perfeccionamiento del contrato estatal y, del otro, porque el convenio N° 202100755 no perseguía un interés personal o de terceros, como lo exige la norma constitucional, sino la satisfacción de un derecho fundamental.

Así, luego de precisar que el Congresista acusado tiene dentro de su comunidad la condición de “*taita*” y que para la fecha de los hechos ejercía como Gobernador del Resguardo Indígena de San Juan (Nariño)⁷, indicó que AICO es una asociación de cabildos y asociaciones indígenas, integrante de la Mesa Regional de los Pueblos Pastos y Quillacingas, que constituye una “*entidad pública especial*” cuyo propósito es velar por los derechos de los cabildos que la integran. En ese sentido, al celebrar el contrato el señor Rosales Cadena “*buscó satisfacer un interés público superior: la salud de las comunidades indígenas*”, fortaleciendo el “*modelo de salud propia e intercultural de los pueblos indígenas*” en el marco de la guía que las autoridades departamentales profirieron dentro del Sistema Indígena de Salud Propio Intercultural (SISPI)⁸.

Lo anterior, a su juicio, impide que pueda considerarse que con ello se buscó un beneficio personal para el Congresista o para terceros, pues, en realidad, con su suscripción se quiso satisfacer un derecho fundamental, en cumplimiento de las obligaciones que le eran exigibles como Gobernador del Cabildo y máxima autoridad de los pueblos indígenas que así lo designaron; además, señaló que las comunidades

⁶ Índice 10 de SAMAI del expediente 2022-05556-00.

⁷ Según se adujo, fue elegido para dicho cargo del 1° de enero al 31 de diciembre de 2021.

⁸ El artículo 74 del Decreto 1953 de 2014 dispone: “*Definición del Sistema Indígena de Salud Propio Intercultural (SISPI). Es el conjunto de políticas, normas, principios, recursos, instituciones y procedimientos que se sustentan a partir de una concepción de vida colectiva, donde la sabiduría ancestral es fundamental para orientar dicho sistema, en armonía con la madre tierra y según la cosmovisión de cada pueblo. El SISPI se articula, coordina y complementa con el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), con el fin de maximizar los logros en salud de los pueblos indígenas. // El SISPI es integral y se desarrolla en el marco del derecho fundamental a la salud, bajo la rectoría del Ministerio de Salud y Protección Social o quien haga sus veces, a través de las instancias y procedimientos que determine el presente decreto y demás disposiciones que lo modifiquen, sustituyan y reglamenten.*”



indígenas no pueden ser calificadas como “terceros” ajenos a la sociedad sino como sujetos de especial protección constitucional con autonomía e independencia.

Indicó también que no era cierto que la campaña se hubiere financiado con los dineros entregados en virtud de este contrato y que el negocio jurídico realmente nunca se ejecutó por falta de “*constitución de garantías*”⁹.

En cuanto al elemento subjetivo de la conducta endilgada, aseguró que en este caso el Congresista no actuó con dolo o culpa grave, pues su comportamiento se ajustó a los deberes que le eran exigibles dada su calidad de autoridad indígena, lo que “*no puede dar lugar a sanciones, reproches o limitaciones a los derechos humanos de carácter fundamental*”. Además, alegó que al ser miembro de una comunidad indígena la decisión de aspirar al Congreso no es personal o individual, sino que está condicionada a la designación que realice la comunidad que se quiere representar, lo cual, en su caso, ocurrió hasta el dos (2) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), esto es, cuatro (4) meses después de la suscripción del contrato en cuestión.

Además, señaló que en su momento el Congresista elevó consulta al Departamento Administrativo de la Función Pública indagando si en caso de ser designado como candidato debía renunciar a la representación legal de AICO o si se encontraba inhabilitado por haber suscrito contratos en nombre de esa asociación y que, en respuesta a esa inquietud, el DAFP le indicó que no debía renunciar a esa dignidad y que los contratos administrativos celebrados no configuraban inhabilidad.

Finalmente, solicitó que este caso fuera analizado con un enfoque étnico y de cara a los derechos políticos de las comunidades indígenas y de sus integrantes¹⁰.

1.4. El veintitrés (23) de noviembre de dos mil veintidós (2022) se decidieron las peticiones probatorias planteadas por las partes, decretando las documentales aportadas al plenario y ordenando oficiar al Instituto Departamental de Salud de Nariño

⁹ PDF denominado “*Pronunciamiento sobre la solicitud de PI (1)*” índice 20 de SAMAI del expediente 2022-05556-00.

¹⁰ En relación con este asunto, sostuvo que la Sección Quinta del Consejo de Estado definió este enfoque como “*una herramienta metodológica que se debe utilizar para determinar el contenido y alcance de las normas jurídicas que afectan los derechos de las comunidades indígenas, según el cual: entre las distintas interpretaciones admisibles de aquellas se debe preferir la que mejor protege su autonomía cultural*”.



para que remitiera copia del contrato No. 2021000755 de 2021 y de sus antecedentes¹¹.

De otra parte, se dispuso negar las pruebas que no fueron aportadas con la solicitud y aquellas que no estaban relacionadas con la *litis* planteada¹², decisión frente a la cual la parte actora presentó recursos de reposición y en subsidio de apelación¹³, los cuales fueron resueltos mediante providencias del siete (7) de diciembre de dos mil veintidós (2022)¹⁴ y de veintisiete (27) de enero de dos mil veintitrés (2023)¹⁵, respectivamente, confirmando la decisión adoptada.

1.5. El seis (6) de febrero de dos mil veintitrés (2023) se realizó la audiencia pública de que trata el artículo 12 de la Ley 1881 de 2018, la cual contó con la participación de las partes y del Ministerio Público.

Mientras que las partes reiteraron los argumentos planteados durante el proceso, el representante de la Procuraduría solicitó que se negara la solicitud bajo la consideración de que no se acreditó la gestión u obtención de un interés particular o de terceros, pues la suscripción del contrato obedeció a la necesidad de consolidar el modelo de salud para el pueblo Quillacinga; además, sostuvo que no se demostró que el Congresista hubiera obtenido mayores votos por cuenta de la existencia de ese contrato –que finalmente no se ejecutó– o que hubiera sacado provecho de esta situación¹⁶. Finalmente, señaló que tampoco se demostró el elemento subjetivo de la causal al tiempo que el Senador acusado afirmó que obró bajo el convencimiento de no estar incurso en inhabilidad.

¹¹ Específicamente se incorporaron como pruebas: i) la Resolución No. 3332 de 2022 expedida por el Consejo Nacional Electoral; ii) la Resolución 3700 de 2022 dictada por el mismo organismo; iii) el acta de posesión del señor Rosales Cadena como Gobernador Indígena del Resguardo de San Juan (Nariño); iv) el Certificado del Registro de la condición del señor Rosales Cadena como Gobernador Indígena ante el Ministerio del Interior; v) el Acta No. 4 de la Asamblea ordinaria de Autoridades Indígenas de Colombia por la Pacha Mama, donde consta la designación del demandado como representante legal; vi) copia de los Estatutos de Autoridades Indígenas de Colombia por la Pacha Mama; vii) certificado de existencia y representación legal de Autoridades Indígenas de Colombia por la Pacha Mama; viii) constancia de participación de la citada organización en la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas; ix) estudios previos del contrato; x) concepto rendido por el Departamento Administrativo de la Función Pública, y xi) copia del acta de la Asamblea de Autoridades Indígenas de Colombia por la Pacha Mama de 2 de diciembre de 2021 en la que consta la fecha de elección interna de los candidatos al Senado por la circunscripción especial indígena avalados por dicha asociación.

¹² Índice 22 de SAMAI del expediente 2022-05556-00.

¹³ Índice 26 de SAMAI del expediente 2022-05556-00.

¹⁴ Índice 30 de SAMAI del expediente 2022-05556-00.

¹⁵ Índice 4 de SAMAI del expediente 2022-05556-01.

¹⁶ Índice 56 de SAMAI del expediente 2022-05556-00.



2. La sentencia de primera instancia

Mediante sentencia de veintidós (22) de febrero de dos mil veintitrés (2023), la Sala Especial de Decisión N° 6 negó las pretensiones de la solicitud, al encontrar que, si bien el elemento objetivo de la inhabilidad estaba configurado, no sucedía lo mismo con el elemento subjetivo, dado que no se probó el dolo o la culpa grave del Congresista involucrado.

2.1. Así, frente al aspecto objetivo, la Sala empezó por señalar que la causal relacionada con la celebración de contratos en interés propio o de terceros exige de la acreditación de: “a) *Un elemento material que consiste en celebrar contratos con entidades públicas, y en este punto, resulta del caso resaltar que la inhabilidad está dada por el acto de la celebración del contrato y no por ningún acto anterior o posterior como, por ejemplo, la ejecución o liquidación. // b) Un elemento temporal que está dado por los 6 meses anteriores a la fecha de la elección correspondiente, no a la inscripción ni a ningún acto diferente a la elección. // c) Un elemento espacial que se refiere a la circunscripción en que se debe efectuar la respectiva elección, en el caso del Senado de la República será nacional.*”.

En este contexto y después de examinar las pruebas obrantes en el plenario, la Sala Especial encontró demostrado el *elemento material*, pues el señor Polivio Leandro Rosales Cadena, actuando como representante legal de la Asociación AICO, suscribió el contrato N° 2021000755 con el Instituto Departamental de Salud de Nariño, un establecimiento público descentralizado del orden departamental, en “*interés de terceros*” y con la inclusión de una contraprestación económica en favor de AICO.

Además, advirtió acreditado el *elemento temporal*, habida cuenta que el contrato fue suscrito el quince (15) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)¹⁷, es decir, dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección si se tiene en cuenta que el periodo inhabilitante estuvo comprendido entre el trece (13) de septiembre de dos mil veintiuno (2021) y el trece (13) de marzo de dos mil veintidós (2022), y el *elemento espacial*, pues la Constitución establece que “*la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales*”.

En este análisis, la Sala indicó que no resultaba relevante el hecho de que AICO fuera

¹⁷ Se tomó como referencia la fecha en la que el señor Rosales Cadena firmó el contrato en la plataforma SECOP II, en tanto la entidad contratante lo suscribió el 16 de septiembre de 2021.



“una entidad de derecho público de carácter especial”, miembro de la mesa regional de los Pueblos Pastos y Quillacingas, así como de la Subcomisión de Salud de la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas, pues no existe norma que establezca que estas instituciones o que sus representantes están exentos de la prohibición constitucional. Además, precisó que la protección especial de la que gozan las comunidades indígenas, en virtud de la Constitución y de distintos tratados de derechos humanos, no exonera a sus miembros de cumplir las obligaciones constitucionales para presentarse a cargos de elección popular.

2.2. No obstante, la Sala Especial consideró que no se encontraba acreditado el elemento subjetivo de la causal de desinvestidura alegada, pues no se demostró el dolo o la culpa grave en la conducta del Congresista acusado, toda vez que “según se afirmó en el proceso -y no fue desvirtuado por las partes- el señor Rosales Cadena actuó bajo el convencimiento de que no estaba configurada la inhabilidad por cuanto en su entender, el contrato en cuestión no había sido celebrado a favor de terceros sino de un interés superior.”.

En este contexto, señaló que “si bien es cierto [el Senador] debió verificar con diligencia y cuidado cuál era su condición al momento de inscribirse como candidato o al aceptar la decisión de las autoridades indígenas para inscribirse como tal, el hecho de haber considerado que no se configuraba la inhabilidad dados los beneficiarios del contrato, excluyen su comportamiento de la culpa grave, para dejarlo apenas, en el escenario de la culpa leve.”¹⁸.

3. El recurso de apelación

Inconforme con lo anterior, el siete (7) de marzo de dos mil veintitrés (2023) el señor Víctor Velásquez Reyes presentó recurso de apelación.

Como sustento de su disenso con la sentencia de primera instancia, el actor señala que en dicha providencia se incurrió “en falsa motivación porque no se tuvieron en cuenta las pruebas que obran en el expediente, pues si se hubieran analizado dichas probanzas las decisiones hubieran sido diferentes”.

Así, asegura que la certificación expedida por la Cámara de Comercio demuestra que

¹⁸ Índice 62 de SAMAI del expediente 2022-05556-00.



“la asociación que dirigió **POLIVIO LEANDRO ROSALES CADENA**, es de naturaleza o, carácter privado y que se rige por el derecho privado” (mayúsculas y negritas en original). En este sentido, sostiene que la asociación AICO no tiene carácter “oficial”, sino es que es una asociación de cabildos indígenas y así debió reconocerse.

Además, afirma que no se tuvo en cuenta que el propio Congresista “*aceptó haber gestionado, firmado y tramitado o gestionado la liquidación del contrato*”, por lo que, en su criterio, si éste se liquidó es claro que también se ejecutó, lo que da cuenta entonces de que la inhabilidad sí se configuró.

Por último, señala que durante el periodo inhabilitante el señor Rosales Cadena “*ejecutó recursos fiscales*” y que el contrato celebrado sí incidió en el electorado, pues el Congresista acusado “*gerenció*” una entidad que entregó recursos a las comunidades que votan, desequilibrando el escenario democrático, de manera que debe declararse la pérdida de investidura¹⁹.

4. Trámite en segunda instancia

4.1. Mediante auto de dos (2) de junio de dos mil veintitrés (2023), el recurso de apelación fue admitido y se corrió traslado al congresista demandado y al Ministerio Público para que, de considerarlo del caso, intervinieran en este asunto²⁰.

Durante el término de traslado, únicamente intervino el apoderado del señor Rosales Cadena, quien solicitó que la sentencia de primera instancia sea confirmada pues, a su juicio, la inhabilidad no está debidamente acreditada.

En su escrito, insistió en que no es posible afirmar que el contrato se celebró en interés de *terceros*, pues la Asociación AICO es una entidad de derecho público de carácter especial que no satisface intereses de particulares sino de los pueblos indígenas, es decir, “*intereses públicos especiales de un sujeto colectivo de derechos*”. En ese sentido, señaló que, como lo reconoció la Corte Constitucional en sentencia T- 380 de 1993, los pueblos indígenas son sujetos colectivos de especial protección constitucional y no “*una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos*”.

¹⁹ Para sustentar su dicho, el apelante se refirió, sin precisar dato alguno del proceso, a la decisión adoptada en el caso del ex congresista Álvaro Araujo Noguera.

²⁰ Índice 6 de SAMAI del expediente 2022-05556-02.



Bajo este mismo derrotero, señaló que tampoco puede predicarse responsabilidad subjetiva en el comportamiento del señor Rosales Cadena dado que aquel actuó “*en cumplimiento de normas especiales que desarrollan los territorios indígenas y el principio de autonomía prevalece en un ejercicio de ponderación y proporcionalidad frente a la norma sustantiva que establece una inhabilidad*”. Además, luego de describir el marco normativo del Sistema Indígena de Salud Propia e Intercultural (SISPI), indicó que la gestión para la suscripción de contratos no la realizó el señor Rosales Cadena sino la Mesa Permanente de Concertación Nacional y que, en aplicación de la jurisprudencia del Consejo de Estado, los contratos que se suscriben en el marco de este sistema no pueden dar lugar a la inhabilidad reprochada por relacionarse con la prestación del servicio de salud²¹.

Finalmente, señaló que como el apelante solo se refirió al aspecto objetivo de la inhabilidad, la Sala Plena carece de competencia para examinar el elemento subjetivo so pena de violar el principio de congruencia y que, en todo caso, al *sub examine* debe aplicarse un enfoque étnico que permita unificar la jurisprudencia para concluir que la “*suscripción de los contratos en interés de las comunidades y pueblos indígenas no da lugar a inhabilidades, en razón del interés público y especial que persiguen*”²².

4.2. El catorce (14) de junio de dos mil veintitrés (2023) el expediente ingresó al Despacho²³.

4.3. Radicado el proyecto de fallo ante la Secretaría General, por auto de veinticuatro (24) de octubre de dos mil veintitrés (2023) la Sala Plena declaró infundados los impedimentos presentados por los consejeros Fredy Ibarra Martínez y Juan Enrique Bedoya Escobar para conocer del presente asunto²⁴.

4.4. Posteriormente, mediante providencia de diez (10) de noviembre de dos mil veintitrés (2023) y dando aplicación al artículo 115 del Código General del Proceso, se

²¹ Para sustentar su dicho, el apoderado se refirió a la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado de 10 de noviembre de 2009, radicación 11001-03-15-000-2008-01181-00, en la que, según afirma, se estableció que los contratos que se suscriben con las EPS no pueden dar lugar a la inhabilidad reprochada, de manera que la misma suerte deben correr los negocios que se celebran en el marco de la implementación del SISPI.

²² Índice 12 de SAMAI del expediente 2022-05556-02.

²³ Índice 13 de SAMAI del expediente 2022-05556-02. Adicionalmente, mediante memoriales de 7 de julio y de 28 de julio de 2023, el apoderado del señor Rosales Cadena presentó solicitudes de impulso procesal y en el mismo sentido intervino el Delegado del Ministerio Público con oficio de 17 de agosto de la misma anualidad (índices 14, 18 y 16 de SAMAI, respectivamente).

²⁴ Índice 27 de SAMAI del expediente 2022-05556-02.



ofició a la Secretaría de la Sección Quinta para que certificara el estado del proceso de nulidad electoral No. 11001-03-28-000-2022-00273-00, en especial, si el fallo proferido por esa Sección el veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintitrés (2023) dentro del citado expediente se encontraba ejecutoriado²⁵, solicitud que fue atendida mediante Oficios Nos. 2023–541 de catorce (14) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)²⁶ y 2023–543 del día quince (15) de los mismos mes y año²⁷.

4.5. Cumplido lo anterior, el expediente ingresó nuevamente al Despacho para adoptar la decisión que en derecho corresponda²⁸.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con los artículos 184 y 237.5 de la Constitución Política, 2° de la Ley 1881 de 2018, 37.1 de la Ley 270 de 1996 y 111.7 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 34 del Reglamento Interno de la Corporación —Acuerdo 080 de 2019—, la Sala Plena del Consejo de Estado, con exclusión de los Consejeros que integraron la Sala que profirió la sentencia impugnada, es competente para pronunciarse sobre el recurso de apelación formulado en el asunto de la referencia.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala Plena establecer si, de conformidad con los argumentos vertidos en el recurso de apelación, el Senador Polivio Leandro Rosales Cadena se encuentra incurso en la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 1° del artículo 183 Constitucional, por la configuración de la inhabilidad a que se refiere el

²⁵ Índice 39 de SAMAI del expediente 2022-05556-02.

²⁶ Índice 43 de SAMAI del expediente 2022-05556-02. Allí, la Secretaria de la Sección Quinta indicó que «la decisión se encuentra ejecutoriada en razón a que conforme lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 302 de la Ley 1564 aplicable por remisión del artículo 306 de la Ley 1564 (sic) que establece “cuando se pida aclaración o complementación de una providencia, solo quedará ejecutoriada una vez resuelta la solicitud” evento que ya ocurrió en este caso, pues se resolvió esta solicitud el 19 de octubre y se comunicó la nulidad del acto demandado el 1 de noviembre de 2023».

²⁷ Índice 44 de SAMAI del expediente 2022-05556-02. En él se hizo constar que “en la nulidad electoral de la referencia está pendiente que se resuelva una nulidad de la que se corrió traslado y la recusación presentada respeto (sic) de la que se pronunció el magistrado Pedro Pablo Vanegas Gil. En este momento y desde el 7 de noviembre de 2023, la actuación está en el despacho del magistrado Luis Alberto Álvarez Parra para resolver la recusación formulada.”

²⁸ Índice 44 de SAMAI del expediente 2022-05556-02.



numeral 3° del artículo 179 Superior en la modalidad de intervención en la celebración de contratos.

Para el efecto, la Sala efectuará algunas consideraciones generales respecto a las características y elementos de la causal alegada, para luego entrar a analizar el caso concreto.

3. La causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 1° del artículo 183 de la Constitución Política

3.1. Consciente de la responsabilidad que comporta el ejercicio de un cargo de elección popular y buscando reforzar la legitimidad del Congreso de la República, el constituyente determinó la necesidad de instituir un régimen de inhabilidades y de conflictos de intereses riguroso para los congresistas, en el que, además, se preocupó de que dichas prohibiciones y restricciones se cumplieran de manera efectiva, de forma que su desconocimiento acarreará consecuencias reales.

En este contexto, surge la figura de la pérdida de investidura como una herramienta cuya finalidad es *“garantizar bajo una rigurosa sanción, el respeto al régimen de inhabilidades y conflicto de intereses, de forma que las sanciones por las violaciones a sus deberes sean drásticas”*²⁹. Bajo el entendido de que la dignidad de congresista implica un *“altísimo nivel”* entre los servidores del Estado, el constituyente consideró que el desconocimiento de los deberes propios de esa posición debía *“castigarse”* con una sanción de la máxima gravedad, esto es, la pérdida de la investidura³⁰.

Así, en el artículo 183 Superior se incorporó esa figura que implica que, ante la materialización de alguno de los supuestos consagrados en esa norma constitucional bajo la modalidad de dolo o culpa grave, debe disponerse la desvinculación inmediata del cargo de elección popular y la imposibilidad de ocupar alguna dignidad de esa naturaleza en el futuro.

El proceso que se sigue para la determinación de si hay lugar o no a la pérdida de investidura, de conformidad con lo establecido en el artículo 1° de la Ley 1881 de 2018³¹, tiene carácter sancionatorio, lo que significa que, tratándose de una

²⁹ Gaceta Constitucional N° 51 pág. 27.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *“Artículo 1. El proceso sancionatorio de pérdida de investidura es un juicio de responsabilidad subjetiva. La acción se ejercerá en contra de los congresistas que, con su conducta dolosa o*



manifestación del denominado *ius puniendi* del Estado, en su análisis no solo debe salvaguardarse el debido proceso propio de cualquier proceso judicial, sino que también deben atenderse principios como los de *pro personae*, favorabilidad, *pro libertate*, *in dubio pro sancionado*, legalidad, culpabilidad, razonabilidad y proporcionalidad³². Lo anterior, por demás, implica que, en principio, en estos procesos no es posible invertir la carga de la prueba, razón por la que le corresponde a quien persigue la desinvestidura probar los supuestos de hecho en los que se funda la solicitud.

Adicionalmente, la aplicación de los citados principios implica que para decretar la pérdida de investidura de un determinado miembro de una corporación pública no basta con acreditar el elemento objetivo de la causal alegada [tipicidad], sino que, además, es menester efectuar un juicio de responsabilidad subjetivo [culpabilidad], en donde el dolo y/o la culpa grave del demandado adquieren un papel preponderante, pues solo las conductas cometidas bajos esos títulos podrán dar lugar a decretar la desinvestidura de su dignidad.

3.2. Ahora bien, en los artículos 179 a 182 de la Carta Política se consagró el denominado “*Estatuto del Congresista*”, mediante el cual el Constituyente: i) previó una serie de restricciones de acceso al cargo (inhabilidades); ii) estatuyó prohibiciones para los parlamentarios que están en ejercicio de su dignidad (incompatibilidades), y iii) dispuso que quienes conforman el órgano legislativo deben manifestar, de manera expresa, cualquier situación particular que pueda reñir con el interés público con el que deben ejercer su función (conflicto de intereses)³³. Para garantizar el cumplimiento irrestricto de dicho estatuto, en el numeral 1° del artículo 183 de la Constitución se dispuso que su violación daría lugar a la pérdida de investidura.

3.3. Dentro de esas inhabilidades y para lo que interesa a la presente causa, el numeral 3° del artículo 179 de la Carta Política establece:

“ARTICULO 179. No podrán ser congresistas:

gravemente culposa, hubieren incurrido en una de las causales de pérdida de investidura establecidas en la Constitución. Se observará el principio del debido proceso conforme al artículo 29 de la Constitución Política.”

³² En el mismo sentido consultar, entre otros: Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 9, sentencia del 5 de marzo de 2018, radicación 11001-03-15-000-2018-00318-00 (antes 11001-03-15-000-2017-02460-00).

³³ Los conceptos de inhabilidad, incompatibilidad y conflicto de interés están previstos en los artículos 279, 281 y 286 de la Ley 5ª de 1992. Específicamente sobre la diferencia entre inhabilidad e incompatibilidad, ver Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 29 de enero de 2019, radicación 11001-03-28-000-2018-00031-00.



(...) 3. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección.

(...) Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. La ley reglamentará los demás casos de inhabilidades por parentesco, con las autoridades no contemplados en estas disposiciones.

Para los fines de este artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5”.

La Asamblea Nacional Constituyente justificó la introducción de esta inhabilidad en tanto *“es indispensable evitar que se utilicen los factores de poder del Estado con fines electorales. Por ello debe contemplarse que quienes (...) tienen acceso a otros factores con los que se podrían manipular a los electores estén impedidos para presentarse como candidatos”.*

A su vez, la jurisprudencia ha indicado que esta causal se encuentra justificada *“de una parte, en la necesidad de evitar que el particular que gestiona o celebre el negocio, saque provecho de su aspiración popular para obtener un tratamiento privilegiado ante la entidad pública destinataria de las gestiones y, de otra, que la persona se muestre frente a la comunidad como una hábil negociadora de intereses con la Administración, en detrimento de la igualdad entre los candidatos a una elección popular”³⁴.*

Así, el objetivo general de esta inhabilidad es garantizar la moralidad e imparcialidad del proceso electoral, preservando la igualdad tanto en la contienda electoral como en el trámite de contratación de que se trate y evitando que los candidatos se beneficien indebidamente de sus relaciones con entidades públicas o que se presente una confusión entre los intereses públicos y los privados³⁵. Al respecto, la Sala Plena de esta Corporación ha señalado:

³⁴ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 5 de marzo de 2012, radicación 11101-03-28-000-2010-00025-00. Posición reiterada, entre otras, en: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 12 de marzo de 2015 y en Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 11 de abril de 2019, radicación 11001-03-28-000-2018-00080-00 (acumulado).

³⁵ En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 12 de agosto de 2021, radicación 15001-23-33-000-2019-00630-01; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 13 de agosto de 2020, radicación 68001-23-33-000-2019-00926-01 y Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 13 de agosto de 2020, radicación 11001-03-28-000-2018-00015-00.



“[Se trata de] prevenir asimetrías de poder en dos ámbitos que se rigen por estrictas reglas de igualdad. De un lado, previene desequilibrios en la contienda electoral que puedan derivarse de los beneficios que obtenga el candidato, con ocasión de sus gestiones o contratos con la Administración. De otro lado, previene asimetrías y prácticas corruptas en los procesos de contratación, que pueden tener lugar si un candidato aprovecha su posición para tomar ventaja sobre la entidad pública o sobre otros proponentes”³⁶.

Adicionalmente, el Consejo de Estado ha señalado, tanto en sede de pérdida de investidura como de nulidad electoral³⁷, que esta inhabilidad tiene dentro de su texto 3 modalidades o conductas proscritas, a saber:

- i. La intervención en gestión de negocios antes entidades públicas.
- ii. La intervención en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio o en el de terceros; y
- iii. La representación legal de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales.

Aunque las modalidades enunciadas comparten algunos parámetros, lo cierto es que se trata de conductas diferenciadas y, por ende, con características y alcances propios³⁸. De ahí, que corresponda al solicitante precisar con exactitud cuál de las hipótesis que prevé el numeral 3° del artículo 179 es la que estima configurada.

Para lo que concierne al asunto bajo examen, resulta relevante evidenciar sucintamente los elementos configurativos de la inhabilidad en la modalidad de *“intervención en la celebración de contratos”*.

Al respecto, según el tenor del texto constitucional y de conformidad con el alcance que al mismo le ha asignado el Consejo de Estado, para que dicha inhabilidad se

³⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 27 de septiembre de 2018, radicación 11001-03-15-000-2018-02417-01.

³⁷ Sobre el punto consultar, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de abril de 2021, radicación 11001-03-15-000-2020-3518-01; Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 13, sentencia 16 de octubre del 2020, radicación 11001-03-15-000-2020-3518-00, y Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 8 de octubre de 2019, radicación 11001-03-15-000-2018-02417-01.

³⁸ Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 17, sentencia del 27 de noviembre de 2020, radicado 11001-03-15-000-2020-02883-00 y Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 8 de octubre de 2019, radicación 11001-03-15-000-2018-02417-01.



entienda materializada en su aspecto objetivo, deben concurrir los siguientes elementos:

- a) **Elemento material:** de acuerdo con la Carta Política, la conducta proscrita es “*intervenir en la celebración contratos*” con una entidad pública. Así, se ha precisado que debe existir una participación directa y personal del candidato para celebrar directamente o por interpuesta persona un negocio jurídico cuya contraparte sea una entidad estatal en cualquiera de sus niveles (central o territorial)³⁹, excluyendo aquellos contratos a través de los cuales el Estado ofrece servicios comunes a todos los ciudadanos, como, por ejemplo, los relacionados con la prestación de servicios públicos o el contrato de seguros⁴⁰.
- b) **Elemento propositivo:** implica que el contrato se celebre en interés —de cualquier índole—, propio y personal del congresista o de terceros distintos a él. Aquí lo que se examina es si el negocio generó algún tipo de beneficio patrimonial o extrapatrimonial al parlamentario y/o a terceros⁴¹.
- c) **Elemento territorial o espacial:** exige que el contrato deba cumplirse o ejecutarse en la misma circunscripción territorial donde el congresista resultó electo. Para el caso de la circunscripción nacional, como la de los Senadores de la República, el inciso final del artículo 179 de la Constitución Política dispone que ella coincide con cada una de las circunscripciones territoriales.
- d) **Elemento temporal:** por último, debe estar configurado el elemento temporal de la conducta, el cual implica que el contrato haya sido celebrado dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha de la elección.

³⁹ La jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que el concepto de “*celebración*” se refiere al perfeccionamiento del negocio jurídico, lo que, de acuerdo con el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, se materializa “*cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito*”, y excluye otras etapas del contrato como su ejecución o liquidación. Lo anterior, sin perjuicio de las particularidades propias de aquellos contratos a los que no les aplica el Estatuto de Contratación Pública —como, por ejemplo, los convenios de asociación de que trata el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, caso en el cual deberán consultarse las formalidades propias de cada negocio jurídico para establecer el momento de su perfeccionamiento. Sobre el punto, entre otras: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 30 de mayo de 2019, radicación 13001-23-33-000-2018-00417-00; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 11 de abril de 2019, radicación 11001-03-28-000-2018-00080-00 (acumulado); Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 27 de septiembre de 2018, radicación 11001-03-15-000-2018-00015-00; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 19 de enero de 2010, radicación 1001-03-15-000-2009-00708-00; y Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 10 de noviembre de 2009, radicación 11001-03-15-000-2008-01181-00.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 8 de octubre de 2019, radicación 11001-03-15-000-2018-02417-01.

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 25 de agosto de 2016, radicación 66001-23-33-000-2015-00475-01.



Por su parte, en su aspecto subjetivo lo que se exige es que se demuestre que el parlamentario actuó con dolo o culpa grave. Al respecto, debe recordarse que, de acuerdo con lo establecido en el inciso primero del artículo 1° de la Ley 1881 de 2018, la pérdida de investidura es un juicio de responsabilidad subjetiva, de manera que para entender estructurada la conducta de que se trate no basta que concurren los elementos objetivos de la prohibición constitucional, sino que es necesario acreditar la culpabilidad del congresista, esto es, su conducta dolosa o gravemente culposa, pues de esta manera se desvirtúa la presunción de inocencia que, por supuesto, resulta aplicable también en estos trámites.

Precisamente sobre este asunto, la Corte Constitucional ha señalado que el análisis de la culpabilidad en procesos sancionatorios, como el de pérdida de investidura, implica que *“(i) los ciudadanos sólo responden por los actos (y omisiones) que exteriorizan mediante una voluntad claramente signada en hechos verificables exteriormente; ii) que la determinación de la responsabilidad jus punitiva de un ciudadano, es un asunto que sólo a él concierne y, que en esa medida, es personal e intransferible; y iii) que es necesaria la conexión voluntaria entre el acto (u omisión) y el resultado producido, signada esa voluntad en el dolo o la imprudencia con que haya materializado el ciudadano su actuar (u omitir).”*⁴² (Negritas en original).

Ahora bien, dado que la Ley 1881 de 2018 no establece qué debe entenderse por *dolo* o *culpa grave* en el ámbito de este tipo de juicios, la jurisprudencia contencioso administrativa ha sostenido que mientras el dolo corresponde a la *“intención positiva de lesionar un interés jurídico”*, la culpa *“atañe a un concepto que está ligado a la diligencia debida para el desarrollo de determinada actividad”*⁴³. A partir de allí, el Consejo de Estado ha precisado el alcance de estos conceptos en el marco de la pérdida de investidura, así:

“(…) en los casos en los cuales se pruebe que el demandado conocía plenamente que su comportamiento era constitutivo de una causal de pérdida de investidura, estaríamos ante una situación de total intención en la realización de la misma y, por ende, de un grado de culpabilidad doloso; por el otro, en aquellos eventos en los que se concluya que el sujeto no conocía la ilicitud de su conducta pero que, en virtud de la diligencia requerida para el desarrollo de su actividad, debía saber que la misma resultaba contraria a derecho y adoptar las medidas para evitar su realización, se estaría ante un

⁴² Corte Constitucional, sentencia SU-474 de 2020.

⁴³ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 10 de mayo de 2018, radicación 17001-23-33-000-2016-00473-01.



*comportamiento culposo, de no mediar sólidas circunstancias que se lo hubieran impedido.*⁴⁴.

De esta manera, esta Corporación ha establecido que para determinar si la conducta de un Congresista puede calificarse como dolosa o gravemente culposa, debe examinarse si este conocía de los hechos constitutivos de la infracción y buscaba su realización o si *“debía conocer de la actuación que desarrolló y (...) su voluntad se enderezó a esa acción u omisión”*⁴⁵, sin que exista *“alguna circunstancia que excluya la responsabilidad del sujeto, bien sea porque haya actuado de buena fe o, en caso de que la causal lo admita, se esté ante una situación de caso fortuito o fuerza mayor, o en general exista alguna circunstancia que permita descartar la culpa”*⁴⁶.

En este orden de ideas, de manera general, si el Congresista conocía que determinada conducta era constitutiva de una causal de pérdida de investidura y, a pesar de ello, incurrió en ese comportamiento, se estaría ante un grado de culpabilidad doloso; y si no conocía la ilicitud de su conducta pero, en virtud de la diligencia requerida para el desarrollo de su actividad, le era exigible ese conocimiento y el adoptar medidas para evitar su realización, se estaría ante un comportamiento gravemente culposo.

Sobre esto último, debe indicarse que esta Corporación ha entendido que *“la revisión de los requisitos y el marco normativo que rige el cargo que se ocupa, es una obligación general de quien accede a la función pública”*⁴⁷, incluyendo los cargos de elección popular. Sin embargo, ello no obsta para que, en cada caso concreto, la autoridad judicial analice *“las condiciones personales del sujeto, esto es el grado de formación, su profesión, las circunstancias que lo rodearon, así como a los actos que haya realizado para conocer dicho marco normativo (...) para con base en ello,*

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 25 de mayo de 2021, radicación 11001-03-15-000-2020-00773-01, y Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 11 de febrero de 2021, radicación 68001-23-33-000-2019-00893-01.

⁴⁵ La cita corresponde a la sentencia SU-424 de 2016, reiterada en sentencia SU-632 de 2017, providencias de la Corte Constitucional. Además, sobre el punto consultar: Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 25 de noviembre de 2021, radicación 05001-23-33-000-2021-00618-01; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 25 de mayo de 2021, radicación 11001-03-15-000-2020-00773-01; Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 11 de febrero de 2021, radicación 68001-23-33-000-2019-00893-01; Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 19 de septiembre de 2019, radicación 13001-23-33-000-2018-00738-01; y Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 25 de mayo de 2017, radicación 81001-23-39-000-2015-00081-01.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 25 de mayo de 2021, radicación 11001-03-15-000-2020-00773-01. En esa misma sentencia, esta Corporación precisó que corresponde al juez verificar, en cada caso particular, si existen condiciones o situaciones eximentes de responsabilidad.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 25 de mayo de 2021, radicación 11001-03-15-000-2020-00773-01.



*determinar si se obró con el cuidado requerido y así definir si su conducta es gravemente culposa o si, por el contrario, se está ante una situación de buena fe exenta de culpa que impida el reproche subjetivo de su obrar*⁴⁸.

Así, por ejemplo, en la sentencia de 8 de octubre de 2019 (radicación 11001-03-15-000-2018-02417-01) la Sala Plena del Consejo de Estado se ocupó de examinar el caso de un Congresista acusado por, supuestamente, haber incurrido en la causal de inhabilidad prevista en el artículo 179.3 de la Constitución Política, tanto en la modalidad de gestión de negocios como en la de celebración de los mismos. En esa oportunidad, la Sala consideró que, para establecer si el elemento subjetivo estaba configurado y en atención a las particularidades de ese específico asunto, resultaba relevante analizar si el parlamentario *“(1) estaba en condiciones de comprender que las circunstancias configuraban el verbo rector de la causal, (2) si le era exigible otro comportamiento, (3) si atendió las normas jurídicas, y (4) si en el caso concreto la sanción es necesaria para cumplir sus finalidades constitucionales.*⁴⁹.

Aplicadas estas premisas al caso concreto, en dicha providencia se concluyó que no se encontraba acreditado el elemento subjetivo en tanto el Congresista inculpado no podía comprender que la situación configuraba el verbo rector de la causal —pues la calidad de la entidad que representaba y el alcance de la inhabilidad *“no generaba en el convocado convicción o siquiera sospecha de que estaba incurso en esa inhabilidad”*—, y que no era posible exigirle una conducta diferente, pues las pruebas debidamente allegadas al plenario evidenciaban que aquél había actuado de conformidad con la naturaleza de la corporación en la que ejercía como representante legal. Además, la Sala advirtió que el Congresista había atendido las normas jurídicas y que la sanción de pérdida de investidura no era necesaria para garantizar los fines constitucionales, toda vez que *“la igualdad entre los participantes en la contienda electoral no se puso en riesgo (...)”*.

Como se advierte, es claro que la determinación de la configuración del elemento subjetivo implica analizar, de cara a las pruebas allegadas al plenario, aspectos como la intención o el propósito de la conducta desplegada por el congresista, sus condiciones personales y las circunstancias que rodearon la situación, incluidas aquellas que puedan constituir eximente de responsabilidad, para lo cual deberá

⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencias del 25 de noviembre de 2021, radicación 05001-23-33-000-2021-00618-01 y del 10 de diciembre de 2021, radicación 41001-23-33-000-2021-00035-01.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 8 de octubre de 2019, radicación 11001-03-15-000-2018-02417-01.



determinarse, además, si era posible exigirle una conducta diferente y si la sanción de la pérdida de investidura resulta necesaria e idónea para preservar los fines constitucionales con los que fue prevista.

Conforme con las anteriores consideraciones, procede la Sala a efectuar el análisis del presente asunto.

4. Caso concreto

Previo a efectuar un pronunciamiento sobre el problema jurídico planteado, la Sala advierte necesario establecer si en el *sub judice* acaeció el fenómeno de cosa juzgada, teniendo en cuenta que en contra de este mismo Congresista y por razones similares a las aquí argüidas fue promovida tanto una acción de nulidad electoral (expediente 11001-03-28-000-2022-00273-00)⁵⁰, como una acción de pérdida de investidura que resolvió la Sala Especial de Decisión No. 12 en providencia del siete (7) de julio de esta anualidad (radicado 11001-03-15-000-2023-01743-00)⁵¹.

4.1. Cuestión previa: sobre la eventual configuración de la cosa juzgada

4.1.1. Pese a las marcadas diferencias que existen entre las acciones de pérdida de investidura y de nulidad electoral —particularmente en cuanto a su objeto, finalidad, los procedimientos consagrados para resolverlas, así como los efectos que se derivan de las sentencias que las deciden—, ambas herramientas judiciales comparten como una de las causales de procedencia la violación al régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés.

En efecto, el numeral 1° del artículo 183 de la Constitución prescribe que “*los congresistas perderán su investidura: 1. [p]or violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses*”, mientras que el numeral 5° del artículo 275 del CPACA dispone que: “[l]os actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando: (...) 5. Se elijan candidatos o se nombren personas que no reúnan las

⁵⁰ Documento público que obra en la relatoría de esta Corporación, https://consejodeestado.gov.co/wp-content/uploads/2023/275_275_110010328000202200273001SENTENCIADECLARANU20230928174339.pdf. Además, puede ser consultado en el aplicativo de gestión judicial de la jurisdicción contencioso administrativa, SAMAI.

⁵¹ Disponible en el índice 34 de SAMAI del expediente 11001-03-15-000-2023-01743-00.



calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o que se hallen incursas en causales de inhabilidad”.

De ahí entonces que sea posible que una misma situación fáctica pueda dar lugar, de forma simultánea, a una demanda de nulidad electoral y a una de pérdida de investidura. Por tal razón, el legislador decidió regular expresamente la institución de la cosa juzgada dentro del proceso de pérdida de investidura; así, en el parágrafo del artículo 1° de la Ley 1881 de 2018 se estableció lo siguiente:

“ARTÍCULO 1: (...) PARÁGRAFO. *Se garantizará el non bis in idem. Cuando una misma conducta haya dado lugar a una acción electoral y a una pérdida de investidura de forma simultánea, el primer fallo hará tránsito a cosa juzgada sobre el otro proceso en todos los aspectos juzgados, excepto en relación con la culpabilidad del Congresista, cuyo juicio es exclusivo del proceso de pérdida de investidura*

En todo caso, la declaratoria de pérdida de investidura hará tránsito a cosa juzgada respecto del proceso de nulidad electoral en cuanto a la configuración objetiva de la causal.”

Al respecto, el Consejo de Estado ha resaltado que, como se desprende del tenor literal de esta disposición, con ella se busca salvaguardar el principio de *non bis in idem* como garantía fundamental del derecho al debido proceso del congresista, elemento transversal de los procesos sancionatorios y derecho fundamental de aplicación inmediata de quien está sometido a esta clase de juicios⁵². De ahí que, si se dan los supuestos para ello, el juez está obligado, incluso de oficio, a analizar si en el asunto sometido a su consideración se materializa la excepción de cosa juzgada⁵³.

Lo anterior implica establecer que se encuentran acreditados los elementos propios de esta figura, esto es, que exista igualdad de partes, de objeto y de causa entre estos

⁵² Al respecto consultar: Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 14 de octubre de 2021, radicación 68001-23-33-000-2020-00829-01, en la que se explicó: <El postulado del non bis in idem, es una garantía que resulta extensiva al campo del ius puniendi del Estado. Dicho principio se “proyecta, complementa y realiza” en la aplicación del principio constitucional de cosa juzgada. De allí que, como lo ha reiterado la Corte Constitucional “[...] pensar en la noción de ‘cosa juzgada’ sin hacerlo a la vez en el non bis in idem, es prácticamente un sin sentido; por lo tanto, cuando el artículo 29 de la Constitución prohíbe al Estado juzgar a una persona dos veces por el mismo hecho, está haciendo referencia a ambas”, de tal suerte que no resulta posible concebir una institución jurídica sin la otra. // El principio del non bis in idem, así considerado, tiene una triple dimensión: (i) es un derecho fundamental de aplicación directa e inmediata; (ii) es un principio dirigido a las autoridades judiciales con el fin de impedir que una persona sea juzgada dos veces por los mismos hechos y (iii) constituye un límite al legislador en ejercicio de su libertad de configuración normativa>.

⁵³ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 14 de octubre de 2021, radicación 68001-23-33-000-2020-00829-01.



procesos⁵⁴. Así, tanto la nulidad electoral como la pérdida de investidura deben dirigirse contra el mismo congresista⁵⁵, fundarse en los mismos hechos y referirse a la misma causal de inhabilidad, incompatibilidad o conflicto de interés, para concluir que se materializa el fenómeno de la cosa juzgada.

En este sentido, en el trámite legislativo de la Ley 1881 de 2018 se examinaron los eventuales escenarios que podrían configurarse *“ante la presentación simultánea de las dos acciones [nulidad electoral y pérdida de investidura] por la causal de violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades”*⁵⁶, y las consecuencias que la primera decisión adoptada puede generar para el otro proceso. Una de ellas, que es la que resulta pertinente para la presente causa, es que *“[s]e decida primero el proceso de nulidad electoral y declare la nulidad de la elección, porque el candidato se encontraba inhabilitado. En este evento, el juez de la pérdida de investidura debe reconocer la cosa juzgada en relación con la configuración del hecho y su competencia se limita al análisis de responsabilidad subjetiva o culpabilidad del congresista, para determinar si actuó con dolo o culpa, o si en su conducta concurrió una causal que exima su responsabilidad.”*⁵⁷.

⁵⁴ El artículo 303 del Código General del Proceso dispone: **“La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes. // Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos. // En los procesos en que se emplace a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, incluidos los de filiación, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento. // La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión.”** (Resalta la Sala).

⁵⁵ La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 30 de junio de 2015, radicación 11001-03-15-000-2013-00115-00 —citada en Sección Primera, sentencia del 25 de febrero de 2021 radicado 25000-23-15-000-2019-00217-01—, concluyó que *“tratándose de la pérdida de la investidura, por su naturaleza pública, la identidad de partes no se puede entender como se hace en un proceso contencioso ordinario, en cuanto cualquier ciudadano puede interponerla, razón por la que no se puede pretender que el demandante en un proceso y otro sea el mismo. // Por tanto, en esta clase de procesos solo se exige esa identidad en cuanto al demandado —parte pasiva—, por cuanto por disposición constitucional, el Ministerio Público siempre tendrá que participar y cualquier ciudadano puede demandar la pérdida”*.

⁵⁶ Gaceta de la Cámara de Representantes N° 478 de 2017, disponible en <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/>.

⁵⁷ Ibidem. En la referida discusión se incluyeron otros supuestos, a saber: *“a) Se decida primero el proceso de nulidad electoral y declare la nulidad de la elección, porque el candidato se encontraba inhabilitado. En este evento, el juez de la pérdida de investidura debe reconocer la cosa juzgada en relación con la configuración del hecho y su competencia se limita al análisis de responsabilidad subjetiva o culpabilidad del congresista, para determinar si actuó con dolo o culpa, o si en su conducta concurrió una causal que exima su responsabilidad. (...) c) Se decida primero el proceso de pérdida de investidura y sea declarada, porque el candidato se encontraba inhabilitado y su conducta fue dolosa o culposa. En este evento, el juez de la nulidad debe reconocer la cosa juzgada en relación con la configuración del hecho y, por tanto, debe estarse a lo resuelto y proceder a la declaratoria de nulidad del acto electoral. // d) Se decida primero el proceso de pérdida de investidura y no sea declarada porque el candidato no se encontraba inhabilitado. En este caso, el juez de la nulidad electoral deberá declarar la cosa juzgada y estarse a lo resuelto en la sentencia de pérdida de investidura. // e) Se decida primero el proceso de pérdida de investidura y se declare probado el hecho de la inhabilidad pero se*



Finalmente, debe advertirse que la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que para entender que el “*primer fallo*” hace tránsito a cosa juzgada, esa decisión debe estar ejecutoriada y en firme⁵⁸, toda vez que eso “*las convierten en imperativas y de obligatorio cumplimiento y, por ello, resulta evidente que no es posible hablar de cosa juzgada sin ejecutoria*”⁵⁹.

4.1.2. Pues bien, como se indicó en precedencia, contra el congresista Polivio Leandro Rosales Cadena, además, del proceso de la referencia, cursan en el Consejo de Estado las siguientes causas:

| Radicado | Medio de control | Causal invocada | Síntesis de la demanda o solicitud | Estado |
|-------------------------------|------------------------|---|---|--|
| 11001-03-28-000-2022-00273-00 | Nulidad Electoral | Numeral 5° del artículo 275 del CPACA, por transgresión a la inhabilidad prevista en el numeral 3° del artículo 179 Constitucional. | Celebración dentro del periodo inhabilitante de los contratos 2021000755 y 2021000759 con el Instituto Departamental de Salud de Nariño | Sentencia de única instancia del 28 de septiembre de 2023. Ejecutoriada y en firme según Oficio N°2023-541 ⁶⁰ . |
| 11001-03-15-000-2023-01743-00 | Pérdida de investidura | Numeral 1° del artículo 183 Superior, por transgresión a la inhabilidad prevista en el numeral 3° del artículo 179 Constitucional. | Celebración dentro del periodo inhabilitante de los contratos 2021000755 y 2021000759 con el Instituto Departamental de Salud de Nariño | Sentencia de primera instancia del 7 de julio de 2023. Ejecutoriada y en firme ⁶¹ . |

absuelva al congresista por considerar que no actuó con culpa o dolo o estaba amparado en una circunstancia eximente como la buena fe exenta de culpa. En este caso, el juez de la nulidad electoral también está atado por la cosa juzgada y debe proceder a declarar la nulidad del acto de elección.”

⁵⁸ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 11 de abril de 2019, radicación 11001-03-28-000-2018-00080-00 (Acumulado); Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 21 de enero de 2020, radicación 11001-03-15-000-2019-01604-00 y Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 1 de agosto de 2023, radicación 11001-03-15-000-2022-05841-00.

⁵⁹ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 14 de octubre de 2021, radicación 68001-23-33-000-2020-00829-01.

⁶⁰ Según consta a índices 160 y 163 de SAMAI del proceso No. 11001-03-28-000-2022-00273-00, contra la referida decisión unos terceros formularon incidente de nulidad, en tanto el congresista presentó solicitud de adición y aclaración de la sentencia, todo lo cual fue resuelto mediante providencia de 19 de octubre de 2023 (índice 165 del referido aplicativo). Además, como se reseñó en los antecedentes de esta providencia, la Secretaría de la Sección Quinta certificó que el fallo de nulidad electoral se encuentra debidamente ejecutoriado, razón por la que la decisión se comunicó a las autoridades competentes, sin perjuicio de una recusación que el demandado formuló contra el magistrado ponente que ya fue resuelta negativamente por esa Sección (índice 182 de SAMAI del proceso electoral) y una solicitud de nulidad contra el fallo presentada por el señor Rosales Cadena.

⁶¹ Índice 51 de SAMAI del proceso 11001-03-15-000-2023-01743-00. Es de advertir que la decisión se encuentra en firme, toda vez que la sentencia no fue objeto de apelación.



De la revisión de las citadas providencias —documentos públicos y oponibles a terceros⁶²—, se desprende la siguiente información:

a) Respecto de la sentencia proferida dentro del proceso de pérdida de investidura 11001-03-15-000-2023-01743-00

Según se hizo constar en dicha providencia, el once (11) de abril de dos mil veintitrés (2023) María Angélica Vargas formuló solicitud de pérdida de investidura contra el Senador Polivio Leandro Rosales Cadena, periodo 2022-2026, alegando la configuración de la causal prevista en el numeral 1° del artículo 183 de la Constitución Política —“*violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses*”—, por haber incurrido en la inhabilidad consagrada en el numeral 3° del artículo 179 Superior, toda vez que el trece (13) de septiembre de dos mil veintiuno (2021) y actuando como representante legal de la entidad sin ánimo de lucro AICO, suscribió con el Instituto Departamental de Salud de Nariño dos (2) contratos a saber: i) el No. 2021000755, cuyo objeto era “*establecer acciones para la consolidación del modelo de salud propia e intercultural en el marco de la guía metodológica para la construcción de contenidos de componentes e implementación del SISPI, pueblo indígena Quillacinga*”; y ii) el No. 2021000759, que tenía como propósito el “*fortalecimiento del modelo de salud propia e intercultural en el marco de la guía metodológica para la construcción de contenidos de componentes e implementación del SISPI del Pueblo Indígena de los Pastos*”⁶³.

Surtido el trámite previsto para el proceso pérdida de investidura, en primera instancia, la Sala Especial de Decisión N° 12 resolvió en providencia del siete (7) de julio de dos mil veintitrés (2023):

“1° Declárase probada la excepción de non bis in idem en relación con los hechos relacionados con la celebración del contrato estatal no. 202100755 de 2021.

⁶² La Sala Especial de Decisión No. 19 en sentencia del 3 de marzo de 2020, proferida dentro del proceso 11001-03-15-000-2009-01177-00, señaló que “*las providencias judiciales, al ser otorgadas por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, ostentan el carácter de documento público en los términos del artículo 243 del CGP.*”.

⁶³ Folios 1 a 3 de la sentencia del 7 de julio de 2023, disponible en el índice 34 de SAMAI proceso de pérdida de investidura N° 11001-03-15-000-2023-01743-00.



2) **Niéganse** las pretensiones de la demanda en relación con los hechos relacionados con la celebración del contrato estatal no. 2021000759 de 2021 (...)" (Negritas en original)

Como sustento de esta decisión, la Sala Especial dividió el análisis respecto de los dos contratos que se aducían como configurativos de la inhabilidad para concluir:

“La Sala mantendrá la investidura del demandado en lo que tiene que ver con la celebración del contrato no. 2021000755 de 2021, porque se advierte que el 22 de febrero de 2023 se profirió sentencia de primera instancia en el expediente no. 11001-03-15-000-2022-05556-00, proceso en el cual el demandado es el mismo señor Polivio Leandro Rosales Cadena, se debatieron los mismos hechos de esta demanda y se estudió la misma causal de desinvestidura, en relación con ese específico negocio jurídico.

En ese orden de ideas, la Sala declarará probada de oficio la excepción propia y autónoma del derecho punitivo y consistente en el ‘non bis in idem’, toda vez que el medio de control jurisdiccional de pérdida de investidura es de naturaleza sancionatoria o punitiva, de allí que tenga total aplicación el principio constitucional según el cual nadie puede ser juzgado ni procesado ni investigado dos veces por un mismo hecho.

Así las cosas, la Sala no estudiará de fondo los componentes objetivo y subjetivo de la causal alegada en la demanda respecto del contrato no. 2021000755 debido a que ya fueron materia de valoración probatoria, análisis jurídico y decisión por parte de la Sala 6 Especial de Decisión en la sentencia de 22 de febrero de 2023, la cual fue objeto de recurso de apelación y, por consiguiente, su conocimiento y competencia corresponden en este momento a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación.

Por consiguiente, la Sala tiene competencia para pronunciarse sobre la solicitud de pérdida de investidura en lo que tiene que ver con la celebración o suscripción del contrato no. 2021000759; no obstante, denegará la petición de pérdida de investidura porque, si bien se acreditó la configuración del elemento objetivo de la causal, lo cierto es que no obran pruebas que permitan dar por establecido el elemento subjetivo, más aún si se tiene en cuenta que el demandado solo tuvo conocimiento de su postulación como congresista a partir del 2 de diciembre de 2021 con la elección que de él hicieron las respectivas autoridades indígenas.”.

Así las cosas, y respecto del contrato No. 2021000755, la Sala Especial consideró que como dentro del proceso 11001-03-15-000-2022-05556-00 estaba en trámite el recurso de apelación, la competencia para resolver si ese negocio jurídico daba lugar a la configuración de la causal de desinvestidura alegada era la Sala Plena del Consejo de Estado, en tanto negó las pretensiones respecto del contrato No. 2021000759, porque encontró que el elemento subjetivo de la causal no estaba materializado.



Dicha providencia fue notificada el primero (1) de agosto de dos mil veintitrés (2023)⁶⁴, sin que se presentara recurso de apelación, razón por la que el día veintiocho (28) de los citados mes y año se registró el archivo del proceso⁶⁵.

En este contexto, la Sala considera que no es posible decretar el acaecimiento de la cosa juzgada respecto de este proceso, pues, a pesar de que la sentencia con la que se definió ese asunto está debidamente ejecutoriada, en ella la Sala Especial se abstuvo expresamente de emitir pronunciamiento alguno frente a la configuración de la causal de desinvestidura por la celebración del contrato No. 2021000755, que es el mismo al que se circunscribe este proceso, en aplicación al principio del *non bis in idem* y al considerar que ese aspecto debía ser estudiado por la Sala Plena del Consejo de Estado al resolver el recurso de apelación planteado contra la sentencia del veintidós (22) de febrero de dos mil veintitrés (2023), proferida por la Sala Especial No. 6.

Así, como quiera que dicho pronunciamiento solo se refirió al contrato No. 2021000759, que no fue demandado en esta causa, se descarta la identidad de hechos que exige la institución de la cosa juzgada.

b) *Respecto de la sentencia proferida dentro del proceso electoral 11001-03-28-000-2022-00273-00*

Ahora bien, el señor Richard Humberto Fuelantala Delgado formuló demanda de nulidad electoral contra el acto a través del cual se declaró electo al señor Polivio Leandro Rosales Cadena como Senador de la República para el periodo 2022-2026. Como sustento de su demanda, alegó la configuración de la causal de nulidad electoral contemplada en el numeral 5° del artículo 275 del CPACA, de acuerdo con la cual los actos electorales son nulos cuando “[s]e *elijan candidatos (...) que se hallen incurs[os] en causales de inhabilidad*”. Específicamente, el accionante aseguró que el señor Rosales Cadena estaba incurso en la causal de inhabilidad prevista en el numeral 3° del artículo 179 Superior, toda vez que, en su calidad de representante legal de AICO, el trece (13) de septiembre de dos mil veintiuno (2021) suscribió los contratos 2021000755 y 2021000759 con el Instituto Departamental de Salud de

⁶⁴ Índice 37 de SAMAI proceso de pérdida de investidura N° 11001-03-15-000-2023-01743-00.

⁶⁵ Índice 51 de SAMAI proceso de pérdida de investidura N° 11001-03-15-000-2023-01743-00.



Nariño, cuyo plazo de ejecución fue hasta el treinta y uno (31) de diciembre de dicha anualidad⁶⁶.

Surtido el trámite previsto para el proceso de nulidad electoral⁶⁷, en la referida providencia de única instancia la Sección Quinta resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR probada de oficio la existencia de cosa juzgada, en los términos del párrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018, en relación con la configuración de la inhabilidad del artículo 179.3 superior, como consecuencia de la suscripción del contrato 2021000759 por parte del demandado, en representación de la ESAL AICO por la Pacha Mama, conforme lo señalado en la sentencia del 7 de julio de 2023, emitida por la Sala Especial Decimosegunda de Decisión de Pérdida de Investidura dentro del proceso 11001-03-15-000-2023-01743-00.

SEGUNDO. DECLARAR la nulidad de la Resolución E-3332 de 2022 y el formato E26 SEN, en lo que tiene que ver con la elección de Polivio Leandro Rosales Cadena como senador de la República para el periodo constitucional 2022-2026. (Negritas en original).

Como sustento de esta decisión, la Sección Quinta del Consejo de Estado encontró que en la sentencia de siete (7) de julio de dos mil veintitrés (2023), proferida por la Sala Especial de Decisión No. 12 dentro del proceso de pérdida de investidura 11001-03-15-000-2023-01743-00, se declaró que el señor Rosales Cadena sí incurrió en la prohibición constitucional de que trata el numeral 3 del artículo 179, por la suscripción del contrato No. 2021000759 con el Instituto Departamental del Salud de Nariño, razón por la que frente a ese negocio la Sala no podía emitir un nuevo pronunciamiento. Sin embargo, consideró que sí podía analizar lo relativo al contrato No. 2021000755 —mismo al que se refiere esta causa— comoquiera que *“la sentencia del 22 de febrero de 2023 fue apelada y que la del 7 de julio de 2023 no se pronunció de fondo sobre el particular”*.

En este contexto, la Sección Quinta procedió con el examen de la nulidad electoral y analizó si la inhabilidad de celebración de contratos podía materializarse respecto del contrato No. 2021000755, concluyendo que estaban acreditados los elementos configurativos de la prohibición constitucional y, en consecuencia, declarando la

⁶⁶ Folios 1 a 3 de la sentencia del 28 de septiembre de 2023, disponible en el índice 158 de SAMAI proceso de nulidad electoral N° 11001-03-28-000-2022-00273-00.

⁶⁷ Según consta en el acápite 4° de los antecedentes del fallo del 28 de septiembre de 2023, por auto del 15 de junio de este mismo año se dispuso dar aplicación a lo reglado en el artículo 182 A del CPACA y, por consiguiente, aplicar el trámite para dictar sentencia anticipada.



nulidad de la elección del referido congresista. Así, específicamente sobre este punto concluyó:

«84 Como puede advertirse de lo antes indicado, se acreditó en debida forma el elemento material de la inhabilidad estudiada, toda vez que se probó que el accionado, en representación de AICO por la Pacha Mama, suscribió un contrato de prestación de servicios con el Instituto Departamental de Nariño.

85. De igual forma, se tiene por satisfecho el elemento temporal contenido en el artículo 179.3 superior, dado que en la plataforma se aprecia que la aprobación del contrato por parte del señor Rosales Cadena se produjo el 15 de septiembre de 2021, es decir, con menos de seis meses de antelación al 13 de marzo de 2022, fecha en que fue elegido senador.

86. En relación con el elemento espacial, la Sala considera pertinente recordar que el inciso segundo del parágrafo del artículo 179 superior, dispone que «[p]ara los fines de este artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales». Por tanto, al haberse suscrito el contrato en mención con una institución del departamento de Nariño y a que su ejecución debería producirse en dicho territorio seccional, se considera acreditado este elemento configurador.

87. Finalmente, en relación con el elemento subjetivo o modal, relativo a que la suscripción del contrato comporte un beneficio propio o para terceros, debe traerse a colación lo indicado en la mencionada sentencia del 7 de julio de 2023, emitida por la Sala Especial Decimosegunda Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, en la que se indicó lo siguiente:

“[E]l demandado buscaba o perseguía una finalidad económica en beneficio de la entidad que representaba, consistente en el pago del valor del contrato en favor de un tercero, en este caso concreto, una entidad sin ánimo de lucro registrada en la ciudad de Pasto, denominada Autoridades Indígenas de Colombia (Aico) por la Pacha Mama (...), por lo cual quedó demostrado el interés económico que se procuraba y, por ende, no es válido sostener que el contrato estatal suscrito tenía por finalidad satisfacer un interés general, pues, no cabe duda alguna que se celebró a título oneroso y la ESAL se comprometía a una serie de obligaciones para obtener una remuneración o contraprestación. En este punto es importante recordar que todos los contratos estatales tienen por objeto o finalidad la satisfacción del interés general, de allí que el hecho de que los beneficiarios finales del contrato fueran los pueblos indígenas de las comunidades “Pastos” y “Quillacingas” no tiene la virtualidad de enervar la inhabilidad constitucional (ratione causae) que se analiza en este caso. Por consiguiente, está demostrado el elemento final de la inhabilidad, es decir, que el contrato reportara un beneficio en interés propio o de terceros, en este caso la entidad sin ánimo de lucro que representaba legalmente el demandado que se analiza en este caso.”

88. Aun cuando tales consideraciones fueron expuestas en relación con el contrato 2021000759, estas pueden transmitirse íntegramente al contrato 2021000755 habida cuenta de que ambos instrumentos fueron suscritos



por las mismas partes, en condiciones y con objetos similares. Por tanto, la Sala encuentra reunido el elemento subjetivo de la inhabilidad estudiada.

89. Así las cosas, esta Sección encuentra acreditados en su integridad los elementos requeridos para la configuración de la inhabilidad contemplada en el artículo 179.3 superior, por la suscripción del contrato 2021000755 por el senador Polivio Leandro Rosales Cadena, en representación de la ESAL AICO por la Pacha Mama, con el Instituto Departamental de Salud de Nariño, motivo que también constituye fundamento para la declaratoria de nulidad del acto electoral cuestionado.»

Dicha providencia fue notificada el veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)⁶⁸. El tres (3) de octubre de dicha anualidad el apoderado del señor Rosales Cadena presentó solicitud de aclaración y adición de la sentencia⁶⁹, mientras que los señores Libardo Francisco Acosta y Mauricio Iván Quenguan —manifestando actuar como terceros intervinientes— presentaron solicitud de nulidad de la sentencia⁷⁰, peticiones que fueron decididas mediante providencia del diecinueve (19) de octubre de dos mil veintitrés (2023)⁷¹.

Mediante Oficio N° 2023-541 del catorce (14) de noviembre de la presente anualidad⁷², la Secretaría de la Sección Quinta del Consejo de Estado certificó que la providencia del veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintitrés (2023) se encuentra debidamente ejecutoriada. Lo anterior, sin perjuicio de algunas solicitudes que se han formulado después de proferida la sentencia y que no afectan su ejecutoria.

Así las cosas, la Sala encuentra que frente al proceso de nulidad electoral N°11001-03-28-000-2022-00273-00 sí se materializan todos los supuestos para decretar el acaecimiento de la cosa juzgada, en lo que al elemento objetivo de la causal de desinvestidura se refiere.

En efecto, al contrastar los supuestos del proceso de nulidad electoral antes descrito con los de este proceso de pérdida de investidura, que fueron reseñados en los antecedentes de esta providencia, se advierte que entre uno y otro existe: i) identidad de partes, en el extremo pasivo de la *litis*; ii) identidad de objeto, pues los hechos en los que se fundan uno y otro medio de control son exactamente los mismos, esto es, los referidos a la materialización de la inhabilidad, por el hecho de que el señor Rosales

⁶⁸ Índice 161 de SAMAI proceso de nulidad electoral N° 11001-03-28-000-2022-00273-00.

⁶⁹ Índice 163 de SAMAI proceso de nulidad electoral N° 11001-03-28-000-2022-00273-00.

⁷⁰ Índice 160 de SAMAI proceso de nulidad electoral N° 11001-03-28-000-2022-00273-00.

⁷¹ Índice 165 de SAMAI proceso de nulidad electoral N° 11001-03-28-000-2022-00273-00.

⁷² Índice 43 de SAMAI expediente 2022-05556-02.



Cadena, en su calidad de Representante legal de AICO, suscribió con el Instituto Departamental del Salud de Nariño el contrato N°2021000755 el quince (15) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), y, finalmente, iii) identidad de causa, en tanto en los dos se alega la configuración de la misma causal de inhabilidad, esto es, la contemplada en el numeral 3° del artículo 179 Superior.

Por lo demás, está acreditado que en el proceso de nulidad electoral ya se produjo fallo y que aquél se encuentra debidamente ejecutoriado y en firme.

En consecuencia, no es posible efectuar un nuevo análisis sobre la existencia de la inhabilidad atribuida al congresista Rosales Cadena, pues ese asunto ya cuenta con una decisión que, por expresa disposición legal, constituye cosa juzgada respecto de este proceso de pérdida de investidura en lo que hace al aspecto objetivo de configuración de la causal. Ello impide, además, dar curso a la solicitud del Congresista relacionada con que se expida un fallo de unificación en el que se concluya que *“la suscripción de los contratos en interés de las comunidades y pueblos indígenas no da lugar a inhabilidades, en razón del interés público y especial que persiguen”*, pues ello atañe al elemento objetivo de la conducta que le fue endilgada, aspecto que, como se dijo, no puede ser objeto de pronunciamiento por parte de esta Sala.

Conforme con lo expuesto, la Sala declarará la configuración de la cosa juzgada respecto del elemento objetivo de la causal de desinvestidura endilgada y centrará su examen en lo relacionado con el elemento subjetivo de la misma, de cara a los argumentos planteados en el recurso de apelación.

4.2. La alegada indebida valoración probatoria frente a la configuración del elemento subjetivo de la causal

4.2.1. Como se indicó en el acápite de antecedentes de esta providencia, los reproches formulados por el solicitante en su impugnación se refieren a: (i) la *“falsa motivación”* de la sentencia de primera instancia por indebida valoración probatoria; (ii) el hecho de que en dicha providencia se haya calificado a la asociación de *“Autoridades Indígenas de Colombia por la Pacha Mama —AICO—”* como una *“asociación de carácter oficial”* pese, a que según su criterio, esta tiene naturaleza privada; (iii) la circunstancia de que no se haya examinado que el congresista demandado gestionó, firmó y tramitó la liquidación del contrato, y (iv) finalmente, la afirmación de que el señor Rosales Cadena *“ejecutó recursos fiscales”* y *“gerenció”* una entidad que entregó



recursos a las comunidades, lo cual generó lo que calificó como un “*desequilibrio del escenario democrático*”.

Al respecto, la Sala advierte que, salvo por el primero de esos argumentos, los demás tocan aspectos relacionados con el elemento objetivo de la causal de pérdida de investidura, pues fue precisamente al estudiar ese punto que la Sala Especial señaló que AICO es una “*asociación de carácter oficial*”, así como también valoró su participación en la celebración del contrato y analizó los intereses que estaban involucrados en este asunto.

En consecuencia, solo se analizará el argumento planteado por el apelante único respecto de la supuesta “*falsa motivación*” de la sentencia de primera instancia por indebida valoración probatoria, en relación con el aspecto subjetivo de la causal de desinvestidura, pues, como atrás se anotó, lo relativo al aspecto objetivo hizo tránsito a cosa juzgada.

4.2.2. Con esa precisión, encuentra la Sala que el reproche formulado por el solicitante en su impugnación fue que la sentencia acusada incurrió “*en falsa motivación porque no se tuvieron en cuenta las pruebas que obran en el expediente, pues si se hubieran analizado dichas probanzas las decisiones hubieran sido diferentes*”. En contraposición, el señor Rosales Cadena aseguró que, tal y como lo determinó la providencia impugnada, no puede predicarse dolo ni culpa grave en su actuar pues, en primer lugar, su inscripción como candidato al Congreso de la República no obedeció a una decisión personal e individual sino a la designación hecha en ese sentido por los pueblos indígenas, lo que descarta premeditación de su parte, y, en segundo término, como quiera que tanto al suscribir el contrato referido, como incluso en este momento, tiene el convencimiento de que con dicho acuerdo no se estaba favoreciendo a terceros —como lo exige la causal— sino permitiendo que la población indígena tuviera pleno acceso a los servicios de salud, población que no puede ser calificada como un “*tercero*” sino como un sujeto de derechos distinto de la “*simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos*”.

Por su parte, en la sentencia impugnada la Sala Especial indicó que en este caso no podía predicarse el dolo o la culpa grave en la conducta del señor Rosales Cadena, toda vez que aquél “*actuó bajo el convencimiento de que no estaba configurada la inhabilidad por cuanto en su entender, el contrato en cuestión no había sido celebrado*”.



a favor de terceros sino de un interés superior. // En tales condiciones, si bien debió conocer de las causas de inhabilidad para ser congresista para el instante en que formalizó su candidatura al Senado de la República, también lo es que actuó bajo el convencimiento de que la suscripción del Contrato 2021000755 del 13 de septiembre de 2021 celebrado con el Instituto Departamental de Salud de Nariño (...) no tenía la virtualidad de inhabilitarlo por cuanto para él no fue suscrito en beneficio de un tercero específico sino de la comunidad indígena Quillancinga en general.”⁷³.

Pues bien, lo primero que encuentra necesario indicar esta Sala es que más allá del dicho del solicitante y pese a que, como lo ha establecido esta Corporación de manera reiterada, *“la carga de la prueba en los procesos de pérdida de investidura, por tratarse de una acción sancionatoria, es del demandante”⁷⁴*, lo cierto es que en este caso el señor Velásquez Reyes no aportó ni solicitó el decreto de elemento de convicción alguno encaminado a demostrar el dolo o la culpa grave en la conducta del congresista. En efecto, el solicitante se limitó a afirmar que el Senador acusado había incurrido en la inhabilidad de intervención en la celebración de contratos sin aportar elementos de juicio que soportaran la consideración de que el señor Polivio Leandro Rosales Cadena conocía de la existencia de la inhabilidad y a pesar de ello decidió incurrir en la conducta prohibida (*dolo*), o que, en todo caso, debiendo conocer de la misma, actuó negligentemente (culpa grave), sin que existiera eximente de responsabilidad alguno.

Por el contrario, el Congresista acusado allegó al proceso distintos elementos probatorios encaminados a probar la buena fe con la que actuó. Así, para demostrar su vinculación con la comunidad indígena que adujo representar y el hecho de que su designación como candidato obedeció realmente a una decisión colectiva de esa comunidad, el Senador aportó a esta causa:

- Copia de los Estatutos de la Asociación *“Autoridades Indígenas de Colombia por la Pacha Mama —AICO—”⁷⁵* y del Certificado de veintidós (22) de abril de dos mil diecinueve (2019) expedido por el Secretario Técnico de la Mesa

⁷³ Folios 28 y 29 de la sentencia apelada disponible en el índice 62 de SAMAI del expediente 2022-05556-00.

⁷⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia 1° de noviembre de 2016, radicación 11001-03-15-000-2012-02013-00. En el mismo sentido: Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 16, sentencia del 11 de octubre de 2021, radicación 11001-03-15-000-2019-01599-00 y Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia 3 de diciembre de 2020, radicación 25000-23-15-000-2019-00212-01.

⁷⁵ PDF denominado *“4. Estatutos de AICO POR LA PACHA MAMA.”* disponible en el archivo zip ibidem.



Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas⁷⁶, documento en el que consta que AICO participa en dicha Mesa⁷⁷.

- Certificación de cinco (5) de febrero de dos mil veintiuno (2021), en la que el Director de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior dio cuenta de que el señor Polivio Leandro Rosales Cadena ejerció como Gobernador del Cabildo Indígena del Resguardo San Juan (Nariño) en el período comprendido entre el primero (1) de enero y el treinta y uno (31) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)⁷⁸.
- Acta de la Asamblea General de la Asociación “*Autoridades Indígenas de Colombia por la Pacha Mama —AICO—*” de dos (2) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), en la que se consignó que los señores Polivio Leandro Rosales Cadena, Richard Fuentala y Faifer Sierra habían sido elegidos como candidatos para el Congreso de la República (periodo 2022-2026) por la circunscripción especial indígena, después de la postulación efectuada por el Pueblo de los Pastos, para los dos primeros, y por el Pueblo Wayuu, en el caso del último⁷⁹.

Estos documentos dan cuenta de que para el año dos mil veintiuno (2021) el señor Rosales Cadena era una autoridad indígena y que, en efecto, su designación como candidato obedeció a una decisión colectiva del pueblo que representaba. Además, en el acta de (2) de diciembre de dos mil veintiuno (2021) atrás señalada, consta el juramento que hizo el entonces candidato ante un “*taita*”, en el sentido de comprometerse a que en todo tiempo su gestión se sujetaría “*al marco de los usos y*

⁷⁶ De acuerdo con los artículos 10 y 11 del Decreto 1397 de 1996 se creó una Mesa de Concertación entre el Gobierno Nacional y los pueblos indígenas de Colombia con el objeto de “*concertar entre éstos y el Estado todas las decisiones administrativas y legislativas susceptibles de afectarlos, evaluar la ejecución de la política indígena del Estado, sin perjuicio de las funciones del Estado, y hacerle seguimiento al cumplimiento de los acuerdos a que allí se lleguen*”.

⁷⁷ PDF denominado “6. *Certificado de la Mesa Permanente de Concertación donde se evidencia que AICO hace parte de este espacio de concertación.*” disponible en el archivo zip “ADISPOSICIONDELASPARTES_RV__PRONUNCIAMIENTO_” del índice 20 de SAMAI del expediente 2022-05556-00.

⁷⁸ PDF denominado “2. *Certificación de Registro ante Ministerio del Interior de Taita Polivio Leandro Rosales como Gobernador Indígena.pdf*” disponible en el archivo zip “ADISPOSICIONDELASPARTES_RV__PRONUNCIAMIENTO_” del índice 20 de SAMAI del expediente 2022-05556-00.

⁷⁹ Expresamente en el acta se consignó: “*TAITA BRAULIO ANDRES HIDALGO, manifiesta que se ha definido por parte de la zona de Nariño a TAIATA (sic) POLIVIO LEANDRO ROSALES y doctor RICHARD FUELANTLA, como candidato (sic) al senado de la república, por la circunscripción especial indígena avalados por AICO*”. PDF denominado “9. *Acta de 2 de diciembre de 2021 postulación y elección de candidatos al Senado de la República por AICO*”, disponible en el archivo zip “ADISPOSICIONDELASPARTES_RV__PRONUNCIAMIENTO_” del índice 20 de SAMAI del expediente 2022-05556-00.



las costumbres” de los pueblos Pastos y Quillacinga, en tanto aceptaba su designación como candidato como una vocería de esas mismas colectividades.

Adicionalmente, para acreditar el convencimiento que tuvo de que su comportamiento no contrariaba el ordenamiento jurídico y de su situación frente al tema de las inhabilidades, el Senador acusado aportó copia del Concepto No. 20216000376021 de diez (10) de octubre de dos mil veintiuno (2021), proferido por el Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP), en el que consta que el veintidós (22) de septiembre de ese mismo año —esto es, antes de su inscripción como candidato— el señor Rosales Cadena formuló la siguiente consulta: *“¿El representante legal de la organización “Autoridades Indígenas de Colombia por la Pacha Mama- AICO”, debe renunciar a dicha representación para poder aspirar al Congreso de la República por circunscripción nacional especial por comunidades indígenas, en los términos del numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política, teniendo en cuenta que suscribió convenios interadministrativos con el Ministerio del Interior? ¿administra tributos o contribuciones parafiscales que inhabiliten al Representante Legal para inscribir su candidatura al Congreso de la República?”*⁸⁰.

La consulta formulada muestra que si bien el Congresista acusado consideraba que requería información adicional sobre si su condición de representante legal de AICO y el hecho de que, en esa calidad, hubiera suscrito convenios administrativos con el Ministerio del Interior, generaba o no una inhabilidad para su postulación como Congresista, no tenía dudas concretas sobre la suscripción del contrato N° 202100755 de quince (15) de septiembre de dos mil veintiuno (2021) —pues nada incluyó en su consulta sobre este tema—, de manera que, por lo menos indiciariamente, puede considerarse que, en realidad, en su sentir, ese acuerdo específico no podía ser considerado como constitutivo de la inhabilidad alegada.

⁸⁰ Frente a este interrogante, el DFP indicó: *“1. El representante legal de la organización “Autoridades Indígenas de Colombia por la Pacha Mama- AICO” no debe renunciar a dicha representación para poder aspirar al Congreso de la República, toda vez que no se constituye como un servidor público. // 2. Toda vez que los “convenios interadministrativos” celebrados con el Ministerio del Interior se realizaron con antelación al 13 de septiembre de 2021 (fecha límite para el término de seis meses de que trata la prohibición), no se encuentra impedimento para su aspiración al Congreso de la República. // 3. La celebración de un convenio interadministrativo con una entidad pública, no puede entenderse per se cómo la administración de tributos o contribuciones parafiscales para efectos de la inhabilidad en estudio, por lo que deberá acudir directamente al Ministerio del Interior como entidad contratante, para que le informen sobre el origen de los recursos y los objetos de los convenios desarrollados, toda vez que este Departamento Administrativo en ejercicio de sus competencias legales no puede entrar a analizar dichas materias, ni definir lo relacionado con temas presupuestales de las entidades públicas.”* PDF denominado “concepto del DAFP” Disponible en el archivo zip “ADISPOSICIONDELASPARTES_RV__PRONUNCIAMIENTO_” del índice 20 de SAMAI del expediente 2022-05556-00.



De hecho, a lo largo del proceso el Senador acusado sostuvo que ese contrato, celebrado por la asociación que representaba con el Instituto Departamental de Salud de Nariño para *“prestar sus servicios al Instituto Departamental de Salud, para la ejecución del proyecto. Establecer acciones para consolidación del modelo de salud propia e intercultural en el marco de la Guía Metodológica para la construcción de contenidos de componentes e implementación del SISPI, Pueblo Indígena Quillancinga de acuerdo a lo establecido en estudios previos”*, no había sido suscrito para beneficiar a un tercero sino para la defensa del interés superior de la comunidad indígena Quillancinga, argumento que resulta indicativo de la ausencia de dolo o culpa grave en su actuar.

Así las cosas, la revisión conjunta de lo ocurrido en este caso lleva a considerar entonces que, en contra de lo alegado por la parte recurrente, la conclusión a la que llegó la autoridad judicial de primera instancia estuvo debidamente soportada en los elementos probatorios que obraron en el expediente y, en particular, en los que atrás fueron reseñados, los cuales impiden concluir que el Congresista acusado conociera de la ilicitud de su conducta y hubiere decidido, a pesar de eso, incurrir en la prohibición constitucional que aquí se ha analizado, o que su actuar pudiera ser calificado como descuidado o negligente, ajeno a los deberes que como candidato por la circunscripción especial indígena le eran exigibles.

En ese sentido, el cargo planteado en la apelación no está llamado a prosperar, razón por la que la sentencia de primera instancia deberá ser confirmada en su integridad.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA, de acuerdo con las consideraciones planteadas en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia, en lo que concierne al elemento objetivo de la causal analizada en esta sentencia, **ESTARSE A LO RESUELTO** en el fallo proferido por la Sección Quinta del Consejo de Estado el veintiocho (28) septiembre de dos mil veintitrés (2023), dentro del proceso de nulidad electoral N° 11001-03-28-000-2022-00273-00.



SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia proferida el veintidós (22) de febrero de dos mil veintitrés (2023) por la Sala Especial de Decisión No. 6, a través de la cual se negó la solicitud de pérdida de investidura presentada contra el señor Polivio Leandro Rosales Cadena como Senador de la República por la circunscripción indígena para el periodo 2022-2026, en lo que al elemento subjetivo corresponde.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia **ARCHÍVESE** el expediente dejando las anotaciones pertinentes en el sistema de gestión judicial SAMAI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Consejero

WILLIAM BARRERA MUÑOZ
Consejero

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Consejero

JUAN ENRIQUE BEDOYA ESCOBAR
Consejero
Ausente con excusa

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO
Consejera

MILTON CHAVES GARCÍA
Consejero

JORGE IVÁN DUQUE GUTIÉRREZ
Consejero

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Consejero
Salvamento de voto

FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Consejero
Ausente con excusa

MARÍA ADRIANA MARÍN
Consejera

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Consejero
Aclaración de voto

GERMÁN EDUARDO OSORIO CIFUENTES
Consejero
Aclaración de voto



Radicado: 11001-03-15-000-2022-05556-02
Solicitante: Víctor Velásquez Reyes

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Consejera

CÉSAR PALOMINO CORTÉS
Consejero

JORGE EDISSON PORTOCARRERO BANGUERA
Consejero

WILSON RAMOS GIRÓN
Consejero

JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ
Consejero
Aclaración de voto

PEDRO PABLO VANEGAS GIL
Consejero

NICOLÁS YEPES CORRALES
Consejero